

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020121150183

UDC _____

廈門大學

硕 士 学 位 论 文

论我国双边投资协定中的间接征收

Research on the Indirect Expropriation in the Bilateral

Investment Treaty of China

陈敬忠

指导教师姓名: 龚宇 副教授

专 业 名 称: 法律硕士(法学)

论文提交日期:

论文答辩时间:

学位授予日期:

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2015 年 3 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内容摘要

我国已成为世界上第二大经济实体，且根据《世界投资报告 2014》的数据显示，我国对外直接投资总额已连续两年蝉联世界排名前三甲。而在经济高速增长的同时，我国也可能面临诸多双边投资纠纷。

本文的主题是双边投资协定中的“间接征收”，笔者分别从三个部分对间接征收进行了探讨：

第一章是间接征收的概念和界定，本章从国内外学者对“间接征收”的研究出发，对间接征收的历史渊源进行了简要的介绍，随后对“间接征收”的概念和认定进行了梳理，根据所阅著作、论文等文献，介绍了理论上关于间接征收概念的三种学说：“单独行为效果说”、“目的说”、“效果与目的综合说”。

第二章是我国双边投资协定中间接征收规定，本章从我国与外国签订过的双边投资协定有关“间接征收”的规定进行定量分析的角度，将我国对“间接征收”的规定归纳为五类定义方式和两类具体认定标准，从我国在双边投资协定中“间接征收”规定过的变化不难看出，我国对“间接征收”的态度有一定程度的变化，而且，笔者也对我国的规定进行了一定的评价。

第三章是对我国双边投资协定中间接征收的尝试性探索，根据我国双边投资协定中“间接征收”的相关问题以及国际仲裁实践中的具体做法分别从间接征收的独立法律地位和间接征收的具体认定标准两个方面提出了些许粗浅想法。

本文的在吸收过往学者研究成果的同时，对我国双边投资协定中“间接征收”问题提出了独创性的见解，通过理论研究、实证研究以及案例分析等研究方法，论述了相关议题。

关键词： 间接征收；双边投资协定；法律地位

ABSTRACT

Our country has been the second largest economic entity in the world. According to the figures of the world investment report in 2014, the total amount of foreign direct investment of China has been the top three in the world for two consecutive years. However, with the rapid growth of economy, China may also confront with many bilateral investment disputes.

The topic of this article is “indirect expropriation” in bilateral investment agreements. The author discusses indirect expropriation in three parts respectively:

Chapter one discusses the conception and definition of indirect expropriation. After studying from international and domestic academics, the author of this article shows a brief introduction about the history and conception of "indirect expropriation". Referring to some books and dissertations, the author introduces three theories about indirect expropriation: “Sole-Effects”, “Purpose”, “Effect and Purpose”.

The chapter two illustrates indirect expropriation rules in bilateral investment agreement of our country. Viewed from quantitative analysis to these indirect expropriation rules in bilateral investment agreement of our country, the author concludes five kinds of definition and two types of specific identification criteria to those indirect expropriation rules. Seen from the changes of indirect expropriation rules, the attitude of our country to indirect expropriation rules has some changes to some extent, and, the author gives some comments to those rules.

The chapter three is attempting to explore indirect expropriation rules in bilateral investment agreements of our country. On the basis of relative issues about indirect expropriation rules in bilateral investment agreements of our country and some cases in international arbitration practices, the author comes up with some crude ideas from independent legal status and specific identification criteria of indirect expropriation.

Absorbed from research findings of previous scholars, the author puts forward original ideas by the way of theoretical research, empirical study, case analysis.

Key Words: Indirect Expropriation; Bilateral Investment Treaty; Legal Status

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 间接征收的概念和界定.....	3
第一节 间接征收问题的渊源.....	3
第二节 间接征收的概念.....	5
一、国际条约中的间接征收.....	5
二、投资协定中的间接征收.....	5
第三节 间接征收的认定.....	6
一、单独行为效果说（Sole-Effects）.....	6
二、行为目的说(Purpose).....	7
三、效果和目的综合说（Effect and Purpose）.....	8
第二章 我国双边投资协定关于“间接征收”的规定.....	10
第一节 我国双边投资协定中关于“间接征收”规定的情况.....	10
一、我国投资协定中有关间接征收的表述.....	11
二、判断“间接征收”的具体方法.....	13
第二节 对我国关于“间接征收”规定的法律评述.....	15
一、模棱两可的“类似措施”.....	15
二、对“间接征收”的深入——“相同或者类似效果”.....	16
三、对“间接征收”具体判断标准的评述.....	17
第三章 对我国双边投资协定中“间接征收”的考量.....	19
第一节 “间接征收”法律地位再审视.....	19
一、赋予“间接征收”独立法律地位的必要性.....	19
二、在条款上如何赋予“间接征收”独立法律地位.....	20
第二节 “间接征收”具体认定标准再思考.....	21
一、具体的损害后果.....	21
二、合乎比例.....	22
三、措施与损害之间具有因果关系.....	23
四、例外.....	23

结 语.....	25
----------	----

参考文献.....	29
-----------	----

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENT

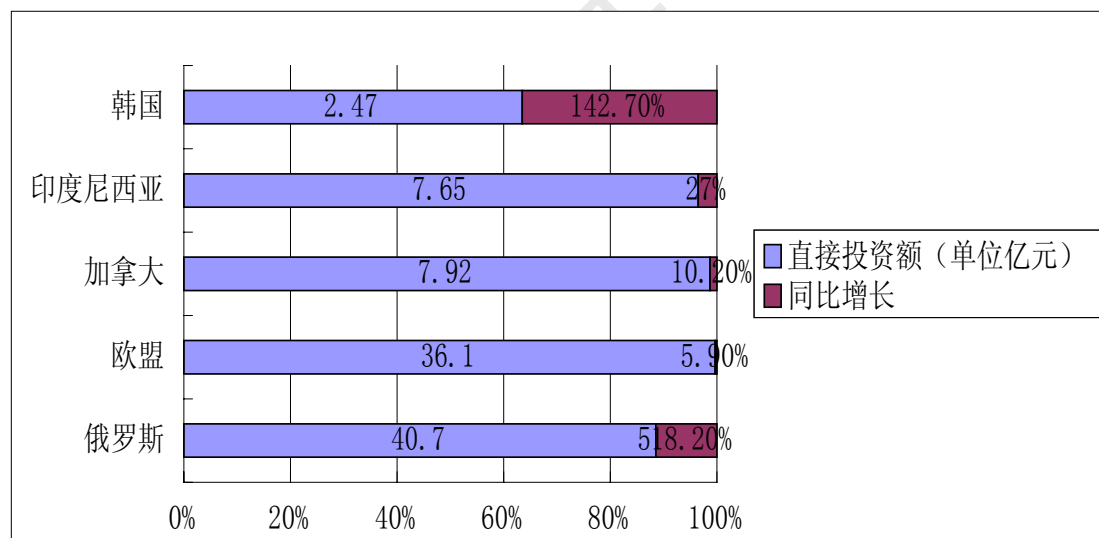
Prepace.....	1
chapter 1 Conception and Determination of Indirect Expropriation.....	3
Subchapter 1 The Origin of Indirect Expropriation.....	3
Subchapter 2 The Concept of Indirect Expropriation.....	5
Section 1 Indirect Expropriation in International Treaties.....	5
Section 2 Indirect Expropriation in Investment Agreement.....	5
Subchapter 3 Determination of Indirect Expropriation.....	6
Section 1 Sole-Effects.....	6
Section 2 Purpose.....	7
Section 3 Effect and Purpose.....	8
Chapter 2 Indirect Expropriation in the Bilateral Investment	
Agreements of Our Country.....	10
Subchapter 1 Introduction of Indirect Expropriation in the Investment	
Agreements of Our Country.....	10
Section 1 Legal presentation of Indirect Expropriation in the Investment Agreement of Our Country.....	11
Section 2 Specific Determination Standards of Indirect Investment in the Investment Agreement of Our Country	13
Subchapter 2 Legal review of Indirect Expropriation in the Bilateral	
Investment Agreements of Our Country	15
Section 1 Ambiguity of Other Similar Measures.....	15
Section 2 Further on Indirect Expropriation—the Same or Similar Effect.....	16
Section 3 Review on Specific Determination Standards of Indirect Expropriation.....	17
Chapter 3 Tentative Exploration of Indirect Expropriation in Bilateral	
Investment Agreements of Our Country.....	19
Subchapter 1 Review on Legal Status of Indirect Expropriation.....	19
Section 1 Necessity to Give Independent Legal Status to Indirect Expropriation.....	19

Section 2	How to Give Independent Legal Status to Indirect	
	Expropriation in terms of Provisions.....	20
Subchapter2	Review on Specific Determination Standards of Indirect	
	Expropriation.....	21
Section 1	Specific Injury Consequence.....	21
Section 2	Appropriate Proportion.....	22
Section 3	Exsit Causal Relationship between Measures and Injury	
	Consequence.....	23
Section 4	Exception.....	23
Conclusion.....		25
Bibliography.....		29

引 言

随着贸易自由化、经济全球化的推进，世界各国的对外直接投资也在迅速扩张。根据 2014 年联合国贸发会议公布的世界投资报告的相关数据显示，2013 年中国对外直接投资总额达到了 1010.00 亿美元^①，而根据中国官方统计数据，我国对外直接投资总额达到了 1078.40 亿美元，并且对外直接投资总额已连续两年雄踞世界前三名。根据商务部发布《国别贸易投资环境报告 2014》的相关统计数据显示，2013 年经中国商务部批准或备案，中国在相当多国家的非金融类直接投资额均呈现上升趋势。^②（参见图一）

图 1：2013 年我国对部分外国直接投资增长情况



资料来源：商务部发布《国别贸易投资环境报告 2014》及《汽车制造业分册》。

改革开放以及加入世界贸易组织以来，中国现已成为世界工厂，吸引了众多外国直接资本进入中国；同时我国对外国直接投资也跃居世界前列。对外直接投资的增加也面临东道国政府的各种风险，本文主要讨论投资者在东道国的投资

^① See World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan.

^② <http://gpj.mofcom.gov.cn/article/d/cw/>商务部发布《国别贸易投资环境报告 2014》及《汽车制造业分册》。

被东道国政府间接征收的风险，研究的从两个视角探讨间接征收问题，一是从理论上如何界定“间接征收”，二是从实证的角度分析我国与外国政府签订的双边投资协定（双边投资协定，Bilateral Investment Treaties）中有关“间接征收”的规定，从而对我国双边投资条约中“间接征收”问题提出些许看法。一如陈安教授所言，双边投资协定是一把“双刃剑”^①，在投资协定的谈判中定然是双方利益相互索求和给予的过程。所以，在有关“间接征收”问题上，也须有相关把握，面对中国已成为世界第二大经济实体和世界第三资本输出国的实际情况以及可能的更多的涉及间接征收的投资纠纷，中国要在营造资本输出良好大环境的同时也要保护我国的对外直接投资，力争实现利益最大化。

^① 陈安，主编. 陈安论国际经济法学[M]. 上海：复旦大学出版社，2007,第 1105-1106 页。

第一章 间接征收的概念和界定

第一节 间接征收问题的渊源

对于我国关于我国投资协定中要不要规定对外资实行征收或者国有化的问题的争论已有结果，结论就是“务必留权在手，但绝不任意滥用”^①，所以，在我国外资法律系统内大都规定了我国为了公共利益的需要可以对外资进行征收、征用。在新近修订的《外资法草案》中亦有此安排，其第 111 条规定，“除特殊情况外，国家对外资一般不进行征收”，也就是说在某些特殊情况下，国家可以对外资进行征收。理论界对征收问题已然达成一致，但是要认识“间接征收”问题，首先就要了解征收的来历。

“征收”或“国有化”在早期资本主义国家的“友好通商航海条约”中就有规定，比如美国早期的通商航海条约中就有关“充公”（Seizures）、“扣押”（Dention）以及“禁运”（Embargo）等规定，这些规定乃征收或者国有化的“前身”^②。1844 年中《美望厦条约》第 28 条就规定了禁止清政府对美国国民所拥有的财产实行“任何禁运”，并不得为公共利益的需要予以“充公”或者“强制扣留”。^③而且，我国在新中国成立初期，为了整顿“帝国主义在政治经济上所遗留下来的影响”^④而采取措施，对在华外资实行了国有化。

“征收”也称为“国有化”，根据《布莱克法律词典》的解释，“征收”是指政府获取或者改变个人的财产权利的行为制度。^⑤在维基百科中关于国有化的解释是“将财产收归国家所有的行为。”^⑥在我国签订的双边投资协定中都规定了征收条款，但是并未明确给出征收的定义。如 2006 年中国-俄罗斯双边投资协定第 4 条第 1 款，2005 年中国-马达加斯加双边投资协定第 5 条第 2 款，2002 年中国-特立尼达和多巴哥双边投资协定第 6 条第 1 款，均规定除非满足一定条件，否则不得对缔约另一方的投资者在其领土内的投资采取征收或者国有化的措

^① 同上，第 1209 页。

^② 参见陈安，总主编，曾华群，主编.国际投资法学[M].北京：北京大学出版社，1999（1），第 371 页。

^③ 同上，第 372 页。

^④ 转引自史晓丽，邓欢著.国际投资法[M].北京：中国政法大学出版社，2009（1），第 205 页。孙秋玉，周泳：国际投资纠纷与预防案例分析，山西经济出版社，1996，第 155 页。

^⑤ See Black's Law Dictionary, 9 Edition, p.662, "Expropriate".

^⑥ <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%9C%8B%E6%9C%89%E5%8C%96>.

施。^①基于以上分析,笔者认为,征收是指东道国政府根据国内公共利益等需要而对在本国领域内投资的外国投资者直接投资的财产收归国有的行为。而且,我国宪法第13条第3款也规定了国家为了公共利益的需要,可以对公民的私有财产实行征收。虽然宪法第18条规定了要对外资进行法律保护,但并不代表不可以对其进行征收。不过,征收是代表国家的政府通过强制力获得个体财产权的法律制度,只是一种例外规则,东道国政府并非具有任意剥夺投资者个体财产权的权力。

东道国法律规定对于投资者的财产进行征收问题的界定和讨论以往主要是在直接征收的背景下进行的,而直接征收往往是比较明显的,在判断上并没有什么非常重大的障碍,而且对直接征收主要聚焦于征收后补偿的问题上。

但是,对于间接征收概念的界定则更为复杂,也颇具争议。有学者对间接征收从“事实上的”、“变相的”、“推定的”、“逐渐的”以及“管理的”等方面进行界定。^②也有学者将“间接征收”称为“逐渐征收”或“蚕食性征收”(Creeping Expropriation),“事实上的征收”(De Facto Expropriation)或“本地化”

(Indigenization or Localization)。^③赖斯曼和斯隆教授有过这样的描述:“没有征收的法令但却出现了征收的结果,这就是非常典型的间接征收。”^④美国2012双边投资协定范本第6条第1款采用的是“与征收或者国有化具有同等效果的直接或间接的措施”^⑤。有学者从“法律学说、法律规范及仲裁实践”三个角度予以讨论,而且对近年来国际仲裁庭在认定间接征收时引入的比例原则的有效性及其潜在风险进行分析,对间接征收问题进行了比较深入的研究。^⑥而且,关于“间接征收”的认定,发达国家和发展中国家的争议也是颇为繁多。作为资本输出国的经济发达国家为了提高对其国家海外投资的保护,会无限扩大间接征收的外

^① 详细规定见中国-俄罗斯双边投资协定第4条第1款;中国-马达加斯加双边投资协定第5条第2款;中国-特立尼达和多巴哥双边投资协定第6条第1款。

^② 参见韩立余,主编,《国际经济法学原理与案例教程》[M].北京:中国人民法学出版社,2010,332。

^③ 参见史晓丽,邓欢,《国际投资法》[M].北京:中国政法大学出版社,2009(1),205。

^④ See WM Reisman and RD Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, British Yearbook of International Law (2003), p.130.

^⑤ See 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 6(1): Expropriation and Compensation, Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization.

^⑥ 参见蔡从燕,《效果标准与目的标准之争:间接征收认定的新发展》[J],西南政法大学学报,2006,8(6)。

延,而有些作为东道国维护正常经济管理和社会管理秩序的行为也可能被认定为“间接征收”。因此,间接征收问题也是横亘在南北国家之间的矛盾之所在。

第二节 间接征收的概念

一、国际条约中的间接征收

间接征收问题也是由来已久,并不新奇。有关间接征收的规定最早见于1959年《保护私人海外投资公约草案》第3条,该条规定了“缔约方不得对另一缔约方国民采取任何措施以直接或间接剥夺(Deprive)其财产”^①。随后的经合组织1962年《保护外国财产公约草案》也有类似规定。早期,“间接征收”问题早期颇不受待见,学者对间接征收问题的研究也相对较少,有学者甚至坦言“间接征收从国际法角度看似乎不会导致什么大问题”。^②而随着自由化经济政策的推进以及资本在全球范围内扩张,很多国家不同程度的被指控实施了间接征收,所以,在诸多国际条约中都有了关于“间接征收”的规定。

二、双边投资协定中的间接征收

双边投资协定的数量增长迅速,但是各个国家的双边投资协定征收条款的规定却不尽相同。对资本输出国来说,他们希望其输出的资本不受征收或者其他任意的对待,而对资本输入国来说,他们不仅希望外资尽可能的涌入,而且还为外资的进入提供便利和保护。所以在双边投资协定的签订过程中资本输出国占尽了优势,而在事后发生投资纠纷时资本输入国则可能面临被动局面。^③然而,东道国作为主权国家毕竟占据着主动权,经常发生东道国政府非法征收投资者在其领域内的投资及其收益。因此双边投资协定的一个主要目的就是避免东道国政府非法征收或者以歧视的任意行为侵犯外国投资者合法的投资权益。所以,关于征收问题,诸多国家的双边投资协定范本都有明文规定,而间接征收问题,则有些双边投资协定中并未涉及。

^① 参见王小林.国际投资间接征收制度解读和反思(博士学位论文)[M].吉林:吉林大学,2011.7-13.

^② 转引自陈安主编,蔡从燕副主编.国际投资条约的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海:复旦大学出版社,2007(1),127. S. Friedman, Expropriation Law, Stevens & Sons Limited, 1953, p.1.

^③ See W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, “Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation,” 74 The British Yearbook of International Law 115 (2004).

美国 1982 年双边投资协定范本第 3 条通过举例的方式将间接征收定义为“任何其他直接或间接、等同于征收的一项或一系列措施（包括征税、强制转让全部或部分投资、或损害或剥夺投资的管理权、控制权或经济价值）”。在美国 2012 双边投资协定附录 B(Annex B)中明确将具有等同于征收或者国有化效果的措施规定为间接征收。^① 1992 年北美自由贸易协定在第 1110 条第 1 款规定，“缔约方不得直接或间接地国有化或征收另一缔约方投资者在其领域内的投资，或对投资采取等同于国有化或征收的措施。”^②但是，何谓“间接”国有化或征收以及“等同于国有化或征收的措施”，北美自由贸易协定并未详细规定，也不曾达成一致的适用规则。

第三节 间接征收的认定

间接征收是一种规制行为，而规制行为并非必然构成间接征收。^③有关间接征收的认定问题，学术界已有较多探讨，有学者主张“纯粹效果标准”，有学者主张“目的标准”，还有学者主张效果与目的兼顾标准。^④

一、单独行为效果说（Sole-Effects）

行为效果标准从东道国政府的相关措施对外国投资和外国投资者造成的影响判断是否构成间接征收。^⑤行为效果说依据政府的行为或措施对外国投资者产生的经济影响来判断间接征收是否发生。^⑥国家不仅要对其直接采取的剥夺外国投资者财产权的行为承担赔偿责任，而且要对其采取的不管是很大程度上的、一次性的还是分阶段的具有对外国投资者的财产有影响的措施也要承担赔偿责任。

^① See 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Annex B, 4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

^② See North American Free Trade Agreement(NAFTA)(1994),Article 1110(1).

^③ 参见彭越.国际投资中的间接征收及其认定[J].复旦学报, 2009 (2): 67.

^④ 参见蔡从燕.效果标准与目的标准之争: 间接征收认定的新发展[J].西南政法大学学报, 2006, 8 (6): 第 85-91 页。

^⑤ 参见韩立余主编.国际经济法原理与案例教程[M].北京: 中国人民法学出版社, 2010, 第 333 页。

^⑥ See Rachel A. Nathanson The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support Systems as Indirect Expropriation Post-Nykombe: A Spanish Case Analysis IOWA LAW REVIEW[Vol. 98:863.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库